Ac Hypotheca facta a mercatore omnium bonorum, et quid de Fernandez quoad merces? - 31. 361

POR
EL GENERAL IVAN DE HERMOSILLA.
CON
Doña Catalina Franciſco, muger que fue primero de Fernando de Acoſta, y agora lo es de Don Franciſco Dauila.

En reſpueſta de ſu Informacion en derecho.

1 DOS Propoſiciones, q̃ por ſeguro fundamento de la pretenſiõ del General probamos en nueſtro primero papel, impugna Doña Catalina en el ſuyo, en eſte nos tocarà la defenſa dellas, para que con la ſatisfacion de ſus eſcrupulos quede ſin el la juſticia del General.

2 La primera fue, q̃ la hipoteca no afecta d̃ manera las mercaderias que impida, ni embarace al mercader (eſtãdo en ſu credito) el vſo, y diſpoſicion dellas. La ſegunda, que eſta concluſion ſe eſtiende tambien a las ditas, y deudas, eſpecialmente en Seuilla, donde ſe contrata con eſtas, como con aquellas.

3 Eſtas dos propoſiciones ſe fundaron baſtantemente en nueſtro papel, y para impugnar la primera deſpues de otros diſcurſos, cuya diſputa no importa para eſte pleito, queriẽdo dar luz a nueſtras cõfuſiones, haze el Abogado contrario en el folio 5. *en el* §. *rurſus* tres diferencias de hipotecas. La primera dize, que es la general de todos los bienes auidos, y por auer, o ya ſea tacita, o expreſſa. La ſegunda, de todos los que eſtàn en alguna Prouincia. La tercera, la eſpecial de algunos bienes, debaxo de nombre colectiuo, como es *taberna, peculium, grex, & ſimilia*. Deſtas tres ſuertes de hipotecas en las dos vltimas reconoce, que no ſe comprehenden las mercadurias, pero en la primera dize, que quedan indubitablemente comprehendidas, y cõſequentemente, que en nueſtro caſo dõde tiene doña Catalina en ſu

fauor la obligacion,y hipoteca general, tacita, y expreſſa de los bienes de Fernando de Acoſta ſu marido, no ſe puede dudar, q̃ con ella quedaron tambien afectas ſus mercaderias : y en eſte ſentido explica los textos, y lugares con que en nueſtro papel ſe funda eſta primera propoſicion, *ſed pace doctiſsimi viri fallitur.*

4 Lo vno, porque todos los lugares y textos, de que nos valemos, y de nueuo ſe ponderaràn, hablan en caſo de obligaciõ general de bienes. Lo otro, porque tanto mas afecta la hipoteca eſpecial de la tienda, o tauerna, las mercadurias de que ſe compone, que la general todos los bienes, quanta diferencia ay de la hipoteca eſpecial a la general; y aſsi en el caſo de la *l. cum tabernam ff. de pignoribus*, no ſe dudò, ni ſe pudiera dudar ſi las mercadurias, que eſtauan en la tienda al tiempo de la obligacion, quedaron comprehendidas en ella; ſupueſto que la tienda no era otra coſa ſino las merdurias de que ſe cõponia; antes ſuponiendo eſta propoſicion por llana, en la eſpecie de aq̃l texto ſe dudaron dos coſas. La primera, ſi las mercadurias que al tiempo de la obligacion ſe comprehendieron en ella, quedaron de tal manera afectas, que deſpues de auerſe vendido, y paſſado a terceros, paſſaſſen a ellos con el cargo de la hipoteca. Y la ſegunda, ſi las que de nueuo ſe induxeron en la tienda en lugar de las primeras, cayeron debaxo de la miſma hipoteca: y entrambas dudas las decide el Iuriſconſulto en fauor del General Iuan de Ermoſilla, reſolviendo, que las mercadurias vendidas quedaron libres, y de las que de nueuo ſe introduxeron, ſolo eſtaràn afectas con la hipoteca aquellas que ſe hallaren en la tienda al tiempo de la muerte del mercader; de manera, que librar las que auia al tiempo de la obligacion, no fue porq̃ eſtas no cayeſſen debaxo de la hipoteca, ſino porque la que ſe conſtituye ſobre mercadurias no embaraça al mercader miẽtras eſtà en ſu credito la libre diſpoſicion de ellas; y aſsi ſe extingue con la venta, o enagenacion, que fue la razon de decidir de la primera duda. Y el ſuceder en la hipoteca las que deſpues ſe introduzen, y ſe hallan en la tienda al tiempo de la muerte del deudor, es, porque con el precio de las vnas, ſe ſubrogaron en ſu lugar las otras, que cõſeruan el nombre colectiuo de la tienda hipotecada, que es la razon de la ſegunda.

5 Con que reſulta de la impugnacion contraria mas claro fundamento de nueſtra juſticia, pues ſi las mercadurias por ſerlo, y por la razon que ſe ponderarà, infra numero 8. ſe libran de la hipoteca eſpecial, que ſe conſtituyó en ellas debaxo del nombre colectitiuo de

la

la tauerna, o tienda, por la venta, y enagenacion, *quanto potiori iure*, se libraran de la generalissima, contrayda debaxo de la obligacion de todos los bienes las que aun no estauan en ser al tiempo que se contraxo.

6 Dos razones, y ambas cócluyentissimas al proposito de nuestro pleyto tiene esta conclusion, y la decision de la ley cum tabernam. La vna es, la tacita voluntad, y intencion de los contrayentes, que entendiendo las palabras de los contratos moralmente, nũca es su animo comprehender, ni en la obligacion general de bienes, ni en la especial de la tienda, o taberna las mercadurias, de que actualmente estàn vsando, de manera que se impida al deudor el vso, y administracion dellas, razon que el Abogado contrario en el folio 6. en el §. *y las palabras*, explicando el lugar de Paulo de Castro, referido en nuestro papel; reconoce que fue la de decidir en los textos de la ley primera, C. de verborum significat. y la ley seruos 74. ff. de legatis tertio; queriendo que se ayan de entender en este sentido las palabras de Paulo de Castro en la obligacion del nombre colectiuo de la *tauerna*, o de la palabra general, *sieruos*, *o esclaues*; si bien para lleuar adelante su discurso, dize, que esto no se puede entender en la obligacion general de bienes; y vltimamente añade, que ni aun en las especiales referidas es cierta esta doctrina en materia de cótratos, ni se pueden aplicar a ella las disposiciones de los legados, porque estos solo consisten en la voluntad del testador, que dispone de sus bienes, y los otros en la del acreedor, q̃ cótratando con el deudor, *gratia vtriusque pignus contrahitur*.

7 Pero yo no alcanço en que se puede fundar esta diferencia de obligacion general a especial, y de legados a contratos, porque si se confiessa, que por la tacita voluntad, e intencion de los contrayentes en la obligacion especial de los bienes de vna Prouincia, o de los de vna tienda, no se comprehenden las mercadurias, de manera que se prohiba el deudor el vso dellas; no hallo que razon puede auer para negar esta misma disposicion en la obligacion general de bienes, donde mas justamente procede la intencion, y tacita volũtad de los contrayentes, que se ha referido. Y si en la materia de legados no se comprehende debaxo de la palabra, *mis cauallos*, o *criados*, los venales? porque se comprehenderan en materia de cótratos, supesto que la ley de los vnos, y los otros es la voluntad de los testadores, y de los contrayentes? y porque si en el testador (que ya no espera vsar de sus mercadurias) nunca se presume que

las

las quiso comprehender en el legado general de bienes, no se presumirà tambien, que no tuuo el cõtrayente, que prosigue en el trato de su mercancia, animo de obligarlas en la general obligaciõ, de manera que se impossibilitasse de vsar dellas?

8 La segunda, y potissima razon de esta conclusion, en que se funda la presunta voluntad de los contrayentes, y la disposicion de la ley *cum tabernam*, y las Concordantes es la equidad, *ne commertia impediantur*, pues fuera embaraçar los tratos, y enmarañar con pleytos la Republica, querer sustentar la hipoteca en las mercadurias vendidas con buena fee. Y aunque el Abogado contrario burla della, llamandola *cerebrina*, la verdad es, que es tan justa, y tan precissa, que para negarla es menester incurrir en vn absurdo intolerable, como lo seria dezir, que los terciopelos que yo comprè de Pedro mercader, que con el precio dellos sostituyò otros en su lugar, y engrossó su tienda, no estuuiessen seguros en mi casa, sino que pudiesse qualquier acreedor hipotecario, o su muger venirmelos a repetir, quedandose con los terciopelos, y con el dinero: quien duda, que seria demasiada ossadia tener por justa, y encargarse de defender esta proposicion, a quien resisten todos los principios de la justicia moral, en que consiste la buena Iurisprudencia? Buena cabeça tenia Baldo, y razonablemente fue versado en el derecho, y reconociendo esta verdad, fue el originario Autor de nuestra conclusion, en el lugar que se ha citado en nuestro papel, que es en el numero 19. sobre la ley *vbi adhuc, C. de iure dotium.* Y aunq̃ el Abogado contrario *en el folio 7. buelta versic. y de la misma manera.* Responde, que Baldo *non firmat pedes.* Visto el contesto quedarà satisfecho, y convencido este escrupulo, pues antes auiendo resuelto cõ mucha firmeza nuestra conclusion, respecto de las mercadurias, que el mercader estando en su credito enagenò, passó a disputarla en las que vendio quando auia empeçado a descaecer del, en las quales no parece que deue proceder, y por singular doctrina concluye, diziendo, *tene menti*, y las palabras q̃ continua el Abogado contrario, diziendo, *si hoc est verum*, no estàn continuas en el texto, porque en el *tene menti* ay punto, y despues prosigue oracion, y periodo diferente, diziendo, *si hoc est verum, ergo mercator, qui obligauit alicui bona sua non poterit à modo sorum rerum venalium tenere, nec artem suam exercere, quod videtur absurdum*; dõde estuuo tan lexos de dudar en la conclusion que vamos fundando, que aun en el mercader que empieça a descaecer de su credito, tuuo lo contrario

por

por absurdo. Y para mayor euidencia de que este fue el sentimiẽto firme de Baldo, hallarà V. m. que refiriendolo a el por Autor de esta conclusion, la siguen *Estraca, Negusancio, y Escacia*, en los lugares referidos en nuestro papel, y demas dellos *el señor Gregorio Lopez en la ley 5. del titulo 14. de la Partida 5. en la glossa 4. el señor Presidente Couarrubias en las questiones practicas, en el cap. 29. Iuan Gutierrez en el libro 3. en la question 100. en el numero 20. Iuan Bautista Asinio en el tratado de execuciones en el §. 7. cap. 3. sub numero* 2. y otros muchos a quien estos refieren; y assi equidad tan ajustada a la razon, y fauorecida de tantos hombres doctos, injustamente se desprecia por sustentar la literal disposicion, que no habla en caso de mercadurias.

9 Y aunque no necessitaua esta conclusion de mayor autoridad, porque el Abogado contrario acusa el auernos valido para probar la del cõsejo. 69. de Paulo Parisido, en el volumen 4. demas de què bastara citarlo en defensa de esta conclusion casi todos los Doctores que la siguen. Suplicamos a V. m. se sirua de verle en su original, donde hallarà, que la razon principal en que funda su conclusion, y la nuestra es la que mouiò à Baldo, a quien cita; y assi auiendo propuesto primero el rigor del derecho, añade; *Tamen considerata æquitate, & ne commertium inter mercatores prohibeatur, & ne litibus implicentur, contrarium fuit decissum, quod satis comprobari potest ex his, quæ dicit Baldus, &c.* De que resulta, que Paulo Parisio no fundó su conclusion en el estatuto, sino el estatuto en la razon de su conclusion, como se vè claramente, ibi: *Certè alia ratione non fuere moti, ad ita faciendum, nisi vt commertium inter mercatores nõ prohiberetur, &c.* y consequentemente que no solo no es aquel consejo el cuchillo cõ que se deguella nuestra conclusion (como de cõtrario se dize) sino antes vn nueuo, y firmissimo fundamento de ella; pues la razon en que se funda esta acreditada por ley en Genoua, y seguida en España de los Autores mas graues della; con q̃ queda bastantemente fundada, y defendida la primera de nuestras proposiciones.

10 La segunda es, que esta doctrina q̃ procede llanamente en las mercadurias, se deue estender a las ditas, y deudas, especialmente en esta Ciudad, donde tambien estas lo son. Impugna esta proposicion el Abogado contrario en el folio 5. de su informacion, diziendo que es inepta aplicacion para el proposito deste pleyto todo lo que queda dicho de las mercadurias, porque no es buen ar-

gumen-

gumenro, *compranse, y vendense las ditas, ergo no vienen en la hipoteca*: y si huuiera sido este nuestro discurso, y argumentacion, quedaua justamente reprehendido, pues ni podemos, ni auemos menester negar la consequencia, y decision de la ley *sed & quod 9. §. 1. ff. de pignoribus*; antes confessamos que todo lo que se puede vẽder se puede hipotecar, y consequentemente, que las ditas assi como se pueden vender, tambien se pueden hipotecar. Lo que dezimos es, que en Seuilla son mercadurias corrientes, y que como es notorio, y està probado concluyentemente, en esta Ciudad se trata, y contrata con ellas de la misma manera, que con los lienços, o paños, y tanto que ay muchos hombres de gruesso caudal, que lo tienen todo reduzido a comprar, y vender cartas de pago, y escripturas: y lo que mas es, que se hazen muchas supuestas, solo para efecto de venderlas, y valerse del dinero; para lo qual no es menester que aya tienda particular de ditas, pues esta lo es la Lonja, y casa de los que tratan en ellas, y los mercaderes en gruesso no tienen tienda, y tratan en comprar, y vender todo genero de mercadurias.

11 Esta extension de las mercadurias a las ditas se prueua bien en el consejo de Paulo Pariseo, que se ha referido; pues siendo assi, que el estatuto de Genova solo habla de las mercadurias, y sin embargo de que ay otro en aquella Ciudad, donde se dispone; *Quod statuta inteligantur ad literam*; toda via resoluio, que este se deuia estender a las ditas, que entre los mercaderes son tambien mercadurias corrientes, y que en ellas procede la razon de decidir del estatuto, que fue, *ne commertia impediantur*. Por lo qual assi como las mercadurias vendidas quedaron libres de la hipoteca, que *attento iuris rigore*, aviã contraydo, y aunque *extent*, no podrà el primero acreedor repetir las del segundo, a quien se dieron in solutum, tampoco podrà el primero acreedor repetir la deuda cedida al segũdo, aunque estè por cobrar.

Esto mismo siguiendo a Parisio, repitiò despues *Escacia en el tratado de commercijs, §. 2. gloss. 5. num. 443. y 444.* donde refiere para lo mismo la decision 19. de Flaminio Cartario; y vltimamẽte tiene la mesma conclusion *Iuan Bautista Asinio* en el lugar que citamos arriba, num. 8. que todos estos Doctores, y otros a quien citan estienden la primera conclusion, que fundamos en las mercadurias a las ditas, que entre mercaderes lo son.

12 De que resulta, que los terminos indiuiduales de nuestro pley-

to

tò no ſon los de vna deuda hipotecada, o cedida à dòs diferentes acreedores, en que proceden las doctrinas, que de contrario ſe refieren, ſino de vna eſcriptura, que teniendola Fernando de Acoſta, no por hazienda, ſino por mercaduria expueſta al trato, la vendio al General Iuã de Hermoſilla, y empleó el precio della en otras mercadurias, con que engroſſó ſu trato, y en eſtos terminos, aunque *attento iuris rigore*, ſe pudiera dezir, que Doña Catalina tenia derecho por ſu hipoteca a cobrar deſta dita ſu dote; pero *ne commertia impediantur*, aquella dita luego que Fernando de Acoſta la vendio quedó libre de la hipoteca, que en fauor de la dote auia contraydo, por no obligarnos a confeſſar vn abſurdo tan grande, como ſeria dezir, que demas del dinero que el General Hermoſilla dio a Fernãdo de Acoſta por eſta dita, que ó en ſer, ó cõuertido en otras mercadurias quedó entre ſus bienes, quando el murió tiene derecho Doña Catalina para cobrarla, quedandoſe con el dinero, y con la dita. Y aſsi ciñiendo nueſtro diſcurſo, ſe reduze a vn ſilogiſmo, en que por legitima conſequencia ſe prueua la juſticia, que defendemos en eſta forma, las mercadurias ſon de tal calidad, que la hipoteca no embaraça al mercader el vſo dellas, antes ſe extingue con ſu enagenacion. Las ditas ſon entre los mercaderes mercadurias, ergo la hipoteca que contraxeron ſe reſolvió, y extinguiò por la ceſsion, y vẽta de ellas; la mayor eſtà probada en nueſtra primera propoſicion, la menor la prueva la ſegunda, y la conſequencia ſe ſigue legitimamente.

23 Todo lo q̃ ſe dixo en nueſtro primero papel, y queda dicho en eſte, procede en caſo que Doña Catalina fuera acreedora a los bienes de Fernando de Acoſta, pero haſta agora no conſta que lo ſea: y conſequentemente tampoco puede impedir al General el vſo de ſu ceſsion, pues aunque tiene executados los bienes de ſu marido, no eſtà ſentenciada la cauſa de remate, antes ſus herederos pretenden, que no ſe le deue nada, y que eſtà enteramente pagada de todo ſu credito: y aſsi procede con mas llaneza el agrauio de la ſentẽcia del Alcalde Don Alonſo de Bolaños, en que mãdò hazer remate en los bienes del Capitan Roque de Mimenza, deudor del dicho General Iuan de Hermoſilla, con que el procedido dellos ſe puſieſſe en el Depoſitario General. Pues ſiendo aſsi, que aun en caſo que la dicha Doña Catalina fuera legitima acreedora de ſu marido, no pudiera cobrar ſu credito deſta dita, que no quedó por bienes ſuyos, no conſtando que lo es, ni teniendole vencido, es manifieſto agrauio querer que vna ſimple contradicion ſuya embarace al General

neral el vſo de ſu ceſsion, y hazienda, y que entre tãto que ſe examina ſu credito eſtè depoſitada la partida, en que deſpues de executoriado no tuuiera derecho.

14 De que tambien reſulta reſpueſta concluyẽte a lo que ſe dize de contrario, en razon de la excurſion, y de la doctrina del ſeñor Doctor Luys de Molina; pues ſi eſtuuieramos en terminos de reuocatoria, y Doña Catalina la huuiera meneſter hazer en los bienes de ſu marido, no ſe juzgara por hecha por eſtar eſtos concurſados, ſupueſto que de todos los acreedores ninguno pudiera ſer preferido a ſu credito: y la duda del pleyto no conſiſte en graduarlo, ſino en juſtificarlo; y aſsi no ſe ajuſta a eſte caſo la doctrina del ſeñor Luis de Molina, que habló quando no ſe duda de la deuda, ſino del lugar que le pertenece, que entonces ſe conſidera hecha la excuſion en los bienes del deudor, por la dilacion, o la dificultad de la excuſion, que reſulta del concurſo, pero reconociendo q̃ no depẽde la juſticia de el General deſte punto, nos eſcuſaremos de embaraçar a V. m. en el examen del, pues con lo dicho queda baſtantemẽte fundada, y puede eſperar que ſe ha de determinar, como tiene pedido. Salvo, &c.